

C.A. de Valdivia

Valdivia, veintiocho de julio de dos mil veintiuno.

Vistos:

A folio 1 Millaray Virginia Huichalaf Pradines, agricultora, en su calidad de Machi del territorio El Roble - Carimallin, comuna de Río Bueno; Comunidad Indígena Koyam Ke Che, domiciliada en El Roble - Carimallin, comuna de Río Bueno; Rubén Cañío Cárdenas, agricultor; Comunidad Indígena Leufu Pilmaiquen Maihue, domiciliada en Maihue - Carimallin, comuna de Río Bueno; y Malita Inés Gómez Imilmaqui, educadora tradicional, domiciliada en calle Chiloé n.º 133, población Somasur, Entre Lagos, comuna de Puyehue, dedujeron acción de protección de garantías constitucionales contra la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, representada por Ignacio Malig Meza, ambos con domicilio en Vicuña Mackenna n.º 399, Temuco; contra Empresa Eléctrica Pilmaiquen S.A.; y contra Stratkraft Chile Inversiones Eléctricas Ltda., ambas con domicilio en Av. Vitacura n.º 2969 piso 7, Las Condes, pretendiendo:

1. Que las compañías recurridas se abstengan de continuar con los actos destinados a transferir la propiedad del complejo natural ceremonial Ngen Mapu Kintuante, sin antes garantizar la debida participación de todas las comunidades y autoridades ancestrales Mapuche Williche que hacen uso ceremonial de dicho espacio;
2. Que Conadi haga las gestiones necesarias para dar curso progresivo a la solicitud de reivindicación efectuada por diversas comunidades y autoridades ancestrales Mapuche Williche del territorio, con el objeto de solucionar dicho conflicto respecto al complejo natural ceremonial Ngen Mapu Kintuante;
3. Cualquier otra medida que se juzgue necesaria para restablecer el imperio del derecho.

Fundaron sus pretensiones en que en el sector Maihue de la comuna de Río Bueno se ubica el complejo natural ceremonial Ngen Mapu Kintuan -espacio sagrado para el pueblo mapuche-williche- el cual se encuentra amenazado desde el año 2009 por la proyección de dos centrales hidroeléctricas sobre el río Pilmaiquén por parte de la recurrida Empresa



Eléctrica Pilmaiquén S.A., compañía actualmente de propiedad de la empresa estatal noruega Stratkraft.

En dicho contexto el año 2011 diversas organizaciones y autoridades ancestrales iniciaron formalmente un proceso de reivindicación, la cual se encuentra actualmente pendiente de resolución por parte de la Conadi, quien, de forma negligente, no ha avanzado en aplicar el único mecanismo que el derecho chileno prevé para solucionar la disputa territorial.

En tal derrotero, agregaron que el 26 de mayo de 2021 recibieron un correo electrónico de parte de María Olave Roberts, quien había sido contratada por Stratkraft para elaborar un estudio para la transferencia del espacio ceremonial en cuestión, quien les informaba que la empresa había decidido realizar la restitución del terreno. Por lo anterior realizaron averiguaciones para determinar quién sería el beneficiario de tal restitución, descubriendo que sería un grupo de familias y personas naturales con las cuales la empresa mantiene relaciones clientelares, quienes habrían constituido una asociación indígena al efecto.

Lo anterior, indicaron, resulta del todo arbitrario ya que se trata de una donación unilateral por parte de la compañía, acto que tiene gran trascendencia para todas las comunidades de dicho territorio quienes han hecho uso inmemorial del complejo ceremonial, además de constituir una práctica divisiva hacia las comunidades mapuches.

Todo lo anterior implica vulneración a sus garantías de igualdad ante la ley, libertad de culto y derecho de propiedad.

A folio 11 se evacuó informe por parte de Empresa Eléctrica Pilmaiquén quienes solicitaron el rechazo de la acción de marras. Indicó al efecto que Statkraft Chile es dueña de un terreno donde se ubica el sitio ceremonial de autos y que en cuanto dimensionó el carácter ceremonial del sitio, inició un proceso de diálogo destinado a transferirlo voluntaria y gratuitamente a las comunidades mapuche williche interesadas. Así, y luego de más de 5 años de diálogo en que no hubo acuerdo entre las organizaciones indígenas acerca de quién debía ser titular de la cesión del terreno en cuestión, se encontraba en una situación imposible: era criticada por la demora en ceder el terreno, pero no había acuerdo entre las comunidades interesadas acerca de quién debía ser el cesionario. Por lo anterior Statkraft comunicó su decisión de transferir el sitio ceremonial a la



Asociación de Lepuneros a mediados del 2019, la cual se encuentra constituida por representantes de 6 comunidades vecinas y cercanas al Inmueble.

Por lo anterior alegó extemporaneidad de la acción cautelar, ya que se ha excedido con creces el plazo de 30 días establecido al efecto por el Auto Acordado Sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección ya que los recurrentes conocen de la decisión de ceder el terreno en favor de la Asociación Lepunera desde de julio de 2019.

Igualmente alegó no haber incurrido en acto ilegal o arbitrario alguno, ya que su compromiso en orden a garantizar la indivisibilidad del inmueble, su preservación espiritual, ambiental y cultural y el libre acceso a todo el Pueblo Mapuche Williche, es concordante con el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT.

Finalmente sostuvo que su actuar no priva, perturba o amenaza, derecho alguno de las recurrentes y que se está frente a una diferencia que no cabe resolver por vía cautelar.

A folio 15 informó Conadi, quien igualmente solicitó el rechazo del recurso en su contra fundado en que no existe negligencia por parte de CONADI en lo que respecta al proceso de reivindicación territorial, toda vez que éste fue sometido a tramitación sin que sea posible por causas ajenas a la voluntad del Servicio efectuar la entrega del financiamiento para materializar la compra del inmueble y por otro lado por carecer de otros instrumentos por los cuales pueda transferir el dominio de un predio particular o que impliquen forzar a un propietario a transferir el dominio de un inmueble o proceder con su expropiación.

Alegó igualmente falta de legitimidad activa de los recurrentes ya que en carta de 18 y 19 de marzo de 2013 la Comunidad Indígena Leufu Pilmaiquén Maihue, recurrente en estos autos, manifestó su intención de desistirse del proceso de reivindicación iniciado el año 2011.

Seguidamente alegó la extemporaneidad del recurso ya que las dificultades en la adquisición del inmueble fueron comunicados a los interesados mediante carta de 13 de junio de 2013 del director regional de la CONADI, Valdivia.

Finalmente alegó falta de peticiones concretas por los recurrentes, ya que del libelo no resulta posible deducir qué acción tendría que ejecutar la



YNRCKGCSVMJ

CONADI para el restablecimiento del derecho; e inexistencia de acto u omisión arbitraria o ilegal.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

PRIMERO: Que, el recurso de protección de garantías constitucionales, previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, es una acción constitucional, cuyo propósito consiste en obtener de los Tribunales superiores de justicia, una tutela eficaz y eficiente para salvaguardar la integridad de los derechos fundamentales que aquella norma contempla. Al conocer un recurso de protección, es el deber constitucional de esta Corte adoptar, en forma inmediata, las providencias necesarias para asegurar la debida protección ante una acción u omisión arbitraria o ilegal, que importe una privación, perturbación o amenaza de los derechos y garantías que el constituyente establece.

SEGUNDO: Que, para que pueda prosperar el recurso de protección del artículo 20 de la Constitución Política de la República debe existir un acto u omisión arbitraria o ilegal y que signifique o una “privación” o una “perturbación” o una “amenaza” en el legítimo ejercicio de alguno de los derechos constitucionales asegurados y garantidos por el recurso y que esa privación, perturbación o amenaza conculque o afecte precisamente, o sea, de modo real, efectivo o inminente el legítimo ejercicio de los derechos que garantiza la Constitución y el restablecimiento del imperio del derecho debe serlo en un procedimiento sumario y rápido, sin perjuicio de los demás derechos que el afectado pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

La “arbitrariedad” indica carencia de razón en el actuar u omitir, falta de proporción entre los motivos y el fin o finalidad que alcanza, ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener, o sea, una actuación carente de fundamento (El Recurso de Protección, Eduardo Soto Kloss, página 189).

Lo “ilegal” se da en el ámbito de los elementos reglados de las potestades jurídicas; es decir, de lo contrario a la ley; en otras palabras, el actuar u omitir es ilegal cuando fundándose en algún poder jurídico que se posea o detenta, se excede en su ejercicio, cualquiera sea el tipo, modo o manera que el exceso adopte (op. cit. Pág. 239).”



TERCERO: Que, como una cuestión previa y fundamental para entrar al conocimiento del asunto, es menester explicitar que el recurso de protección es una acción de naturaleza cautelar, urgente y no declarativa, de modo que no es posible a través de este procedimiento, obtener un pronunciamiento en el que se dirima la existencia del derecho invocado, su validez y en general, las materias cuyo fallo requiere una discusión y tramitación en un juicio de lato conocimiento.

En efecto, la procedencia de la acción de protección de garantías constitucionales, requiere de suyo la existencia de un derecho indubitado en favor del actor y, sólo de concurrir tal derecho, corresponde determinar si se dan o no los demás requisitos para otorgar la cautela requerida, pues como la sostenido la Excma. Corte Suprema “la acción de cautela de derechos constitucionales impetrada en estos autos constituye un arbitrio destinado a dar protección respecto de derechos que se encuentren indubitados y no discutidos” (Rol N° 27451-2014, de 14/01/2015). En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha fallado que la naturaleza jurídica del recurso de protección es la de “una acción cautelar, para la defensa de derechos subjetivos concretos, que no es idónea para declarar derechos controvertidos, sino tan solo para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, en presencia de una acción u omisión arbitraria o ilegal, que amerita una solución urgente (Rol 2538-14, de 09/09/2014)”.

CUARTO: Que, la vulneración del numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la Republica, no podrá prosperar atendido a que la prohibición constitucional se encuentra dirigida a la Ley y a las autoridades. En este caso las empresas privadas recurridas no tienen posición de autoridad alguna, y en esta relación los recurrentes solo podrían contar con la titularidad del derecho a practicar el Lepun y otras ceremonias en dicho lugar, cuestión que ha quedado garantizado por medio de la condición resolutoria establecida en el contrato de usufructo, que da cuenta el recurso y las alegaciones vertidas en estrados por el abogado don Jorge Correa Sutil; además es necesario considerar que a la fecha ni el terreno ni su uso y goce han sido cedidos a terceros.

QUINTO: Que, no se divisa como las empresas recurridas habrían vulnerado el numeral 6° del artículo 19 de la Constitución Política de la



Republica, toda vez que la empresa recurrida STATKRAFT CHILE INVERSIONES ELECTRICAS LIMITADA Y EMPRESA ELECTRICA PILMAIQUEN S.A., actualmente son dueños del terreno, inscrito a nombre EMPRESA ELECTRICA PILMAIQUEN S.A., a fojas 884 N°1.042 del Registro de Propiedad del año 2012 del Conservador de Bienes Raíces de Rio Bueno; encontrándose ubicado en dicho inmueble el complejo religioso ceremonial denominado Morada Ngen Mapu Kintuante, y estos a objeto de garantizar el legítimo ejercicio a practicar su culto, han propuesto a las asociación Lepunera, celebrar un contrato de usufructo, que incluye una condición resolutoria, esta es, obligación de establecer mecanismos que aseguren el libre acceso por parte de todo el pueblo Mapuche Williche, quienes tendrán libre acceso a este lugar para practicar el culto en la Morada del Señor Kintuante.

SEXTO: Que, en cuanto a la vulneración del numeral 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la Republica, y como se ha señalado precedentemente los recurrentes, no son titulares del derecho de dominio o propiedad sobre el terreno en el cual se encuentra el sitio ceremonial y/o la Morada del Señor Kintuante; de igual forma estas recurridas no han perturbado y/o amenazado el derecho a practicar sus ceremonias en dicho lugar.

SÉPTIMO: Que, colacionado lo expuesto precedentemente, el presente recurso excede el ámbito de una acción cautelar, atendido que los recurrentes al alegar propiedad sobre el terreno y afectación a sus derechos, del que no son titulares indubitados, toda vez que en relación con el inmueble donde se ubica el sitio ceremonial, no han exhibido título alguno que permita acreditar su calidad de propietarios o poseedores de este.

OCTAVO: Que, en cuanto a la alegación de extemporaneidad, planteadas en sus informes por las recurridas, esta será rechazada, por tratarse de hechos continuos en el tiempo, en la forma que dan cuenta de los documentos acompañados de la empresa STATKRAFT CHILE INVERSIONES ELECTRICAS LIMITADA y EMPRESA ELECTRICA PILMAIQUEN S.A., siendo el último de estos un correo electrónico enviados por estas al presidente de la asociación Lepunera señor Kintuante Maihue de 3 de junio de 2021, que remite el borrador del contrato de usufructo.



NOVENO: Que, en relación a lo pedido en el recurso en contra de Conadi, en el sentido que debe asumir su rol institucional que le atribuye la Ley Indígena, y como en derecho corresponde, haciendo las gestiones necesarias para dar curso progresivo a la solicitud de reivindicación efectuada por diversas comunidades y autoridades ancestrales Mapuche Williche del territorio con el objetivo de solucionar dicho conflicto territorial, esta será rechazada por falta de peticiones concretas, ya que de lo anterior no resulta posible deducir que acciones tendría que ejecutar Conadi, para el restablecimiento del imperio del derecho, cautela y respeto de las Garantías Constitucionales, denunciadas como transgredidas por este.

DÉCIMO: Que, a mayor abundamiento, no es posible en base a los razonamientos precedentes no se configura un derecho indubitado el cual se pueda brindar protección, por lo que se rechazará la acción como se dirá a continuación.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se **RECHAZA** el recurso de protección interpuesto por la recurrente, sin costas.

Acordada con el voto en contra de la Ministra Sra. María Soledad Piñeiro Fuenzalida, quien fue de opinión de acoger el presente recurso de protección conforme los siguientes argumentos:

1.- El presente recurso estima arbitrario e ilegal el acto emanado de la empresa Statkraft consistente en la decisión de restituir el predio, decisión unilateral, adoptadas a espaldas de los recurrentes. De tal decisión tomaron conocimiento por medio de un correo electrónico de 26 de mayo del presente año en el que, además, les informan que la reunión programada no se llevaría a efecto pues resultaba innecesaria. Por averiguaciones posteriores supieron que los beneficiarios serían un grupo de personas naturales y familias mapuches williches organizados en la asociación “Lepunera Sr. Kintuante Maihue”, excluyendo a otros, entre ellos a sus representados, lo que les impediría el acceso al lugar sagrado en donde se realizan ceremonias de Lepun y Nguitallun.



2.- Los recurrentes junto a otros grupos ancestrales Mapuche Williche en julio de 2011 impetraron ante CONADI solicitud en orden a dar lugar a lo dispuesto en el artículo 20 letra b) de la ley 19.253, el que señalan está aún pendiente.

3.- Afirman que les parece correcta la decisión de restituir el predio, pero que la decisión de cómo se debe determinar los beneficiados con aquello, debe estar en manos del Estado a través de CONADI y no de la empresa, conforme el artículo 39 de la ley 19.253. Agregan que la decisión anunciada ya ha provocado conflictos entre los distintos grupos que se relacionan con ese territorio ancestral.

4.- Las conductas consideradas vulneratorias, en este caso, resultan ser varias y que en su conjunto provocan las infracciones denunciadas. Por una parte, la omisión de CONADI al no ejercer la función que legalmente le corresponde y que responden a una obligación estatal tanto en el ámbito interno como de legislación internacional. Por otra parte, las empresas Startkraft y Eléctrica Pilmaiquén S.A. que habrían omitido someter la restitución predial a las reglas especiales establecidas en la ley 19.253.

5.- Ninguna de las partes del recurso desconoce la existencia de un conflicto que radica esencialmente en el destino del predio conocido como Complejo Ceremonial Ngen Mapu Kintuante. Sobre el proceso de diálogo hubo controversia planteada en la audiencia de rigor al negar el representante de CONADI conocimiento del mismo, sino hasta la notificación de la presente acción, lo que se ve controvertido con el Acta de 10 de julio 2019, agregada en folio 11 documento n° 8, la que aparece suscrita por el director regional de los Ríos de CONADI, don Sergio Borquez Ojeda Cl. 12.430.370-2, documento en el que se lee que en la reunión de la que da cuenta el acta se trató, entre otros, este tema.

6.- Conforme lo anterior y las obligaciones de CONADI establecidas en el artículo 39, especialmente en las letras e) e i) de la ley 19.253, ello en relación a los fines perseguidos por esa ley, establecidos en el artículo 1 y, además, lo previstos en los artículos 1, 12, 13, 19, 20, 21 especialmente la letra b), 24, 26, 27, se desprende que ésta recurrida no ha efectuado la función que le asigna la ley, pues a pesar de estar en conocimiento del conflicto, se ha conformado con una respuesta de negativa del año 2013,



pero que en los hechos se ha revertido en los años siguientes al existir un proceso de diálogo del que sí tuvo conocimiento, sin desplegar las facultades legales que permitan proteger a las grupos originarios involucrados, en función de un bien colectivo protegido por la ley en relación a las actividades religiosas ancestrales que se reconocen existentes por todos los comparecientes. Esta omisión claramente resulta ilegal desde que no ha cumplido su rol en cuanto a proteger las tierras indígenas (artículo 39 letra e) y 19) excluyendo del conflicto los procesos que la ley prevé, máxime cuando la empresa Statkraft ha señalado, al menos desde el año 2019, su ánimo de restituir el predio en cuestión, lo que permitiría destrabar el proceso legal pues en esas condiciones no deben esperar la provisión de fondos para la compra. Lo que hace procedente acoger este recurso a su respecto por una omisión ilegal, que se torna en arbitraria también, al impedir la igualdad ante la ley de todos los interesados, al no tener garantizado igual acceso al predio donde se realizan actos ceremoniales religiosos, desde que la propuesta de acuerdo de la empresas recurridas no incluye a los recurrentes, que conforme a las actas y documentos acompañados han participado del proceso de diálogo, atentando contra las garantías previstas en el artículo 19 n°2 y 6 de la Constitución Política de la República.

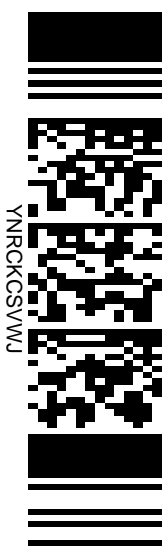
7.- En ese sentido las empresas recurridas, han manifestado su intención de restituir el predio en conflicto, lo que, al menos en esta instancia cautelar, las releva de responsabilidad frente a la vulneración de las garantías invocadas por la recurrente, sin perjuicio de las condiciones en que se ha presentado la propuesta, la que debiendo ser sometida a los proceso legales establecidos en la ley 19.253, han de ser cauteladas por CONADI, por lo que respecto de estas recurridos la acción de protección no debe prosperar, en este escenario.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Luis Galdames Bühler.

N°Protección-1795-2021.





YNRCKGCVWJ

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Valdivia integrada por Ministra Sra. María Soledad Piñeiro Fuenzalida, quien no firma no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo por encontrarse haciendo uso de su feriado legal, Fiscal Judicial Sra. Gloria Edith Hidalgo A. y Abogado Integrante Sr. Luis Felipe Alfonso Galdames B. Valdivia, veintiocho de julio de dos mil veintiuno.

En Valdivia, a veintiocho de julio de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>